

Mery Angélica Mantilla García

Universidad de Buenos Aires

mmantilla@priascadavid.com

**Privatización de la acción penal: un concepto
ajustado al derecho penal moderno***

*Privatization of criminal action. A Concept Adapted to
Modern Criminal Law*

*Privatização da ação penal: um conceito ajustado a direito
penal moderno*

Artículo de reflexión: recibido 07/03/2014 y aprobado 23/05/2014

* Este artículo corresponde a una parte de la investigación que se desarrolla actualmente dentro del trabajo de tesis titulado Racionalidad Económica del Derecho de Daños en la Acción Penal Privada, aprobado por la Maestría de Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires. Este trabajo pretende justificar la acción privada en términos de eficiencia y disminución del costo social, al igual que fundamentar la iniciativa desde la víctima, bajo la concepción del derecho de daños. Si bien acá se trata el tema desde el aspecto legal, se presenta parte de la literatura que lo ha estudiado desde el Análisis Económico del Derecho, debido a su importante aporte al propósito de hacer más eficiente la persecución del delito y el cumplimiento del efecto de disuasión del derecho penal. Se agradece al Prof. Eduardo Stordeur, quien viene guiándome en esta investigación como director de mi tesis; al Prof. Enrique Bour, por sus escritos en la materia, que me han permitido tener una fundamentación más sólida; y, con especial cariño, a los Drs. Juan Carlos Prías y Paula Cadavid, por ser mis maestros constantes en el derecho penal; y a la Dra. Viviana Gómez, por hacer de la experiencia del derecho penal y de su litigio una práctica divertida.

Resumen

Este artículo tiene como propósito revisar el concepto de privatización de la acción penal, haciendo para ello un breve recuento histórico, explorando la reforma constitucional realizada al artículo 250 de la Carta Política, analizando las consideraciones hechas por la Corte Constitucional y revisando las críticas a esta posibilidad procesal. Ello, con la finalidad de construir un concepto moderno de privatización de la acción penal que haga viable su implementación en el ordenamiento jurídico colombiano y pueda cumplir con el aspecto formal y material del Derecho Penal actual.

Palabras claves: Privatización de la acción penal, víctima, reforma constitucional, fiscalía, eficiencia.

Abstract

This paper intends to review the concept of privatization of criminal action so as to shape out a modern perception of this subject, which would allow for a suitable implementation of this conception within the Colombian legal system, in order to satisfy the formal and material features of the current Criminal Law. The proposed goal will be accomplished by means of a brief historical account; by an analysis of the constitutional amendment to Article 250 of the Constitution; by an assessment of the deliberations of the Constitutional Court; and by an evaluation of the criticisms against this procedural option.

Keywords: Privatization of prosecution, victim, constitutional reform, prosecution office 's efficiency.

Resumo

Este artigo faz uma revisão no conceito de privatização da ação penal. Para tal, arranja um relato histórico conciso; verifica a emenda constitucional ao Artigo 250 da Constituição; avalia as considerações feitas pelo Tribunal Constitucional; e torna a ver os comentários negativos que se opõem a esta alternativa processual. Tudo o anterior, a fim de elaborar um apreciação moderna alusiva à privatização da ação penal, que consinta a prática desta opção no ordenamento jurídico colombiano, e enjeite o aspecto formal e material do Direito Penal atual.

Palavras-chave: Privatização da acusação, vítima, de reforma constitucional, eficiência inculpação.

“As the power of kings grew, many offenses became ‘crimes’, with the spoils going to the king instead of the victim”
(Reynolds, 1994, p.6)

Introducción

De manera inadvertida para muchos, no así para otros, el artículo 250 de la Carta Política mediante el cual se entrega constitucionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico, la competencia a la Fiscalía General de la Nación de investigar los hechos constitutivos de delitos (siendo así titular de la persecución penal en representación del Estado) contiene en su párrafo 2º una excepción a esta regla: la víctima podría ser titular de la acción penal dependiendo de la naturaleza del bien jurídico tutelado o la menor lesividad de la conducta.

Esto significa que se ha constitucionalizado la privatización de la acción penal, lo que comporta aceptar desde el mismo diseño de la estructura y organización política y jurídica la posibilidad de que el afectado del delito sea quien ejerza el *ius puniendi*. De manera correlativa, la Fiscalía General de la Nación deja de ser el titular exclusivo de dicha potestad. Esta posibilidad merece de nuestra parte una revisión que permita resolver algunos interrogantes, tales como si realmente era viable incluir en la Carta Política esta posibilidad, y si este mecanismo es compatible con los principios del derecho penal moderno.

Aún estamos en espera de esta realidad jurídica y procesal, pues en la misma norma superior se indica que es el legislador quien tiene esta potestad de trasladar el ejercicio del *ius puniendi* a la víctima, sin que a la fecha nos encontremos frente a la norma que dé aplicación a esta posibilidad.

El párrafo 2º del artículo 250 en mención dice expresamente que:

Parágrafo 2º. **Adicionado por el Acto Legislativo 06 de 2011, artículo 1º.** Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

La norma, además, no sólo le da la posibilidad al legislador de entregarle el ejercicio de la acción penal a la víctima, sino a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. Ahora bien, la finalidad de este artículo será únicamente revisar el artículo 250 de la Constitución Política, y la reforma introducida por el acto legislativo en lo correspondiente a la víctima del delito, pues creemos que el análisis sería otro si hipotéticamente se pensará que esta acción puede ser adelantada por la Contraloría General de la Nación, los Departamentos Administrativos, los Ministerios, u otra entidad posible, como lo sugiere la norma superior. Ya será tarea del legislador determinar la viabilidad de esta prerrogativa constitucional, y establecer bajo un análisis de conveniencia a qué entidades estaría encargada esta misión.

Para este estudio sería necesario revisar el acto legislativo, el pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a éste, y el proyecto de ley 047 de 2012, presentado en la Cámara de Representantes, el cual pretendía desarrollar el artículo 2º del Acto Legislativo, y permitía hacer una concreción del tema en términos sustanciales y procesales. Sin embargo, este ejercicio ya ha sido objeto de otros escritos, por lo que si bien se revisarán estos elementos, queremos desde ya anotar que nuestra intención es defender la viabilidad de la acusación privada en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se procede a la construcción de un concepto moderno acerca de la manera en que debe ser considerada hoy la Privatización de la Acción penal, pues ésta debe contener toda la evolución del derecho penal en cuanto a la forma cómo hoy lo concebimos, principalmente por los efectos de su constitucionalización.

298

Para conseguir este objetivo, haremos mención a la literatura propia de esta corriente, es decir, aquella que comparte la privatización de la acción penal (Friedman, 1979; Reynolds, 1994; Benson, 1998; Rojas, 2000), para poder, a partir de sus fundamentos, darle una mirada crítica al proyecto de ley.

Cabe anotar que esta literatura corresponde principalmente a la corriente del análisis económico del derecho, que en su afán de determinar el costo del crimen (Becker, 1968) y su correspondiente incidencia en el costo social (Sola, 2004, p. 136), permite encontrar soluciones más eficientes desde el aspecto regulatorio. En este sentido se afirma que:

El análisis económico del derecho consiste, precisamente, en el empleo de teoría económica, fundamentalmente teoría de pre-

cios, a los fines de explicar el sistema legal, predecir sus consecuencias, o bien, recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados eficientes u otras metas usualmente consideradas valiosas. (Stordeur, 2011, p. 1)

Una forma plausible de reducir el costo del crimen, determinado por el número de delitos, el costo de la ofensa (lesividad), la relación entre la ofensa en sí y el número de castigos impuestos, el costo de los gastos públicos (policía, cortes, jueces, etc), y la relación entre el número de delitos y los costos privados de prevención y aprehensión (Becker, 1968: 172), puede ser la privatización de la acción.

La seriedad de esta doctrina, la profundidad y rigurosidad matemáticas de su análisis de ciertas tendencias sociales y consecuencias de las normas, no nos permiten abordarla acá con la exigencia que merecería. Sin embargo, algunos aspectos puntuales serán desarrollados.

Con todo, igualmente abordaremos las críticas a la teoría de la privatización de la acción penal, pues mal haríamos en no tenerlas en cuenta dentro de la posición propia que sobre este punto tenemos. A este respecto, desde ya anunciamos que considerábamos el proyecto de ley acertado, en cierta medida, para nuestra realidad procesal. Esta concepción se debe a las condiciones de la actual administración de justicia, resumidas principalmente en la escasez de recurso humano y de capital, que impide atender el nivel de procesos, y somete a la justicia a altos índices de impunidad.

La privatización de la acción penal como concepto actual y moderno

La finalidad de este aparte consiste en construir un concepto moderno de la privatización de la acción penal. Esto es, que cuando se hable del traslado de la facultad del *ius puniendi* a la víctima, lo entendamos en su acepción actual y compatible con los principios vigentes a nivel constitucional. Será entonces necesario hacer en primer lugar una revisión histórica del concepto, pues la idea de la privatización comporta tácitamente una identificación de éste con estadios primitivos del derecho; y es ésta una de las ideas que precisamente se quieren superar con este análisis, siendo requisito esencial que para poder diferenciar el concepto actual del que primitivamente estuvo en auge, recons-

truyamos esta evolución de tipo histórico. Como quedará anotado, igual de primitivo es identificar el ejercicio del *ius puniendi* con el Estado.

Breve reseña histórica en la asignación del *ius puniendi*

Históricamente, la acción privada se ubica en un momento inicial previo a la posibilidad de que el Estado sea el titular del *ius puniendi*. Así lo fue en Roma con la *delicta privata*, en la que era viable una compensación en dinero, o un castigo físico, con el cual se entendía la víctima satisfecha en su pretensión jurisprudista (Rojas, 2000); o como fue en la Inglaterra tribal, en la que la compensación económica, tasada en piezas de oro, dependiendo si la víctima era noble, *churl* o esclavo, era utilizada como forma preferente para indemnizar a la víctima, incluso para el delito de homicidio (Reynolds, 1994). En este último caso, sólo ante la imposibilidad de su pago, ya fuera por el autor o su familia *-kindred-* venía la pena privativa de libertad, entendida como esclavitud.

En Alemania, el sistema judicial penal se fincó inicialmente en la venganza privada, bajo la forma de venganza de sangre, o la de guerra entre familias y tribus (Roxin, 2006). Así mismo, se contemplaba la posibilidad de las conocidas *faídas* (Rojas, 2000), en las que se sustituían estas formas por un sistema retributivo, mediante el cual la ofensa le era compensada a la víctima. Con el tiempo y el fortalecimiento de las monarquías y del Estado Soberano, estas compensaciones o indemnizaciones pasaron a las arcas del rey o del fisco estatal mediante la imposición de multas; sanción pecuniaria que además de la pena privativa de la libertad seguía a la comisión del delito.

Para el caso de los Estados Unidos, cuyo contexto histórico resulta tan importante hoy revisar, dado que el sistema acusatorio actual colombiano es una importación de éste, los autores del delito estaban obligados a compensar a sus víctimas (Reynolds, 1994). De este sistema destacamos un elemento esencial, correspondiente a la forma en que la víctima es hoy concebida en el nuestro: como titular de la solicitud de la reparación.

La regla general, en los Estados Unidos, correspondía a una persecución enteramente privada (Rojas, 2000), y una de las formas típicas de corresponder a esta reclamación era la indemnización. Lo importante de esta revisión es advertir que el Estado ningún interés tenía en la persecución de algunas conductas, pues la composición que por colonias llevó finalmente a la unificación como

Estado de este país, preliminarmente impidió identificar las ofensas criminales de manera general, relegándolas a un escenario particular.

Como quiera que histórica y políticamente la formación del Estado Americano no estuvo precedido de monarquía, o de la figura de un Soberano, sólo hasta 1830 (Reynolds, 1994) aparecieron los grupos policiales como respuesta a las bandas de criminales (*gangs*). Pero, debido a que estos grupos solían estar permeados por la corrupción y los continuos sobornos ofrecidos por los criminales, sólo hasta después de la guerra civil, y de la consiguiente intervención gubernamental en su organización, realmente pueden ser considerados parte de la fuerza pública.

Si bien para este caso sólo hasta el siglo XIX y siglo XX el Estado se hizo cargo de la persecución de los crímenes, resulta importante abordar el mito del Viejo Oeste, y el del ajusticiamiento privado que le era propio. La literatura de la privatización de la acción penal aborda este ejemplo esencial por las particularidades que ofrece a la teoría desde el aspecto histórico y pragmático. Desde el primero, se desmitifica la idea que hemos tenido sobre el Old West, pues el origen de la justicia privada allí provenía de los ganaderos, y de su lucha contra el robo de ganado, más que de la persecución de algún criminal en específico, asaltadores de bancos, o busca pleitos. Desde el segundo aspecto, este tipo de organización lograba una alta prevención del crimen, merced a su efecto disuasorio.

En gran medida debido a la influencia Vikinga (Reynolds, 1994), la ofensa generada con el delito empezó a ser concebida como un agravio al rey, al punto de que, bajo el mandato de Henry I en Inglaterra, se expidieron las *Leges Henrici*, ordenándose que: “There shall be certain offenses againts the King’s peace: arson, robbery, murder, false coinage, and crime of violence” (Reynolds, 1994, p. 4).

Podemos, a partir de esta consideración, ir explicando el porqué de la asignación exclusiva del *ius puniendi* al Estado; y por qué esta consideración desvirtúa la posición de quienes no aceptan la privatización de la acción penal, ya que la consideran potestad exclusiva del rey. En este sentido, en nuestra sociedad actual, en la que el individuo recobra una importancia capital al ser reconocido a nivel constitucional, la tutela de bienes jurídicos individuales de naturaleza disponible permitiría justificar la privatización de la acción penal en cabeza de la víctima del delito cometido.

En otros términos, también resulta primitiva la idea absoluta de la monopolización del *ius puniendi* en el Estado; e incluso hay autores que realizan el debate sobre la justificación de la división entre lo público y lo privado, y acerca de si corresponde a una división natural o si puede ser modificada u omitida, entregándose a lo privado lo aparentemente público (Bour, 2012).

Ahora, desde una concepción moderna del Estado como proveedor de bienes y servicios, encontrándose dentro de esta última categoría la administración de justicia, la teoría del monopolio no resulta aplicable actualmente, toda vez que el Estado de hoy contrata con particulares, y entrega la provisión y administración de bienes públicos a concesionarios.

Si bien el Estado no se desentiende del deber de garantizar esta provisión de bienes y prestación de servicios, para ello ha establecido el poder de vigilancia sobre algunas actividades de consideración sensible, como sería la administración de justicia en materia penal. La doctrina ha llamado a esto el equilibrio entre la provisión pública y privada de bienes (Sola, 2004).

Dejando este paréntesis, y volviendo a nuestro recuento histórico, es importante traer a este análisis el caso de la Islandia medieval, respecto del cual la doctrina nos aporta una especial explicación, como caso histórico en donde, además de corresponder la aplicación de la ley a una iniciativa privada, su ejecución era plenamente exitosa (Friedman, 1979).

Dentro de la revisión que se ha hecho al caso de Islandia, de manera comparativa se destaca que, si bien Roma, Estados Unidos, e Inglaterra fueron sistemas en los que confluía la iniciativa privada avalada por el ente estatal, Islandia se identifica como un caso ausente de cualquier elemento gubernamental, donde la persecución penal correspondía al individuo, o al grupo de individuos ofendidos por lazos de parentesco.

La decisión sobre la responsabilidad era adoptada por un tribunal elegido por el demandante y el causado, que consistía “esencialmente un sistema de arbitramento” (Friedman, 1979, p. 404). Esto nos permite aclarar que por ahora abordaremos la privatización de la acción penal al ser entregada a la víctima, y no la del sistema judicial penal, pues ya esta situación implicaría otro análisis riguroso.

Lo interesante del caso de Islandia, en punto de poder determinar la viabilidad de la acción penal privada, consiste en la eficiencia del sistema, y en el óptimo cumplimiento del fin de disuasión del sistema penal.

Finalmente, la doctrina penal contemporánea destaca la “importancia práctica de la pena privada” (Roxin, 2006, p. 77), señalando como referentes los procedimientos internos de la empresa, por medio de los cuales se asignan responsabilidades a los empleados en la falta de sus deberes y funciones, o en la comisión de delitos menores, situación que se identifica como la vía pragmática para la exclusión de “la intervención del juez penal” (2006, p.77), la cual comporta costos de tiempo y capital.

Roxin presenta, como ejemplos legislativos, el proyecto de ley contra el hurto en tiendas y comercio, y la ley de regulación de la justicia en las empresas. Estos son borradores de ley con la misma suerte del proyecto de ley 047 de 2012, que “no han sido hasta ahora capaces de motivar la actuación del legislador” (2006, p.77).

La breve revisión histórica atrás enunciada, pareciera sugerir que volver a la posibilidad de que el ofendido sea quien ajusticie la comisión del delito sería retroceder en la evolución moderna del sistema procesal penal. Esto sería así, de considerar que la privatización de la acción penal hoy en día tiene que ver con la idea de la venganza privada y el desconocimiento de la legislación penal, que tipifica las conductas socialmente reprochables y les asigna una pena que en manera alguna podría desconocer la víctima. Contrario a ello, consideramos que dicha posibilidad puede coexistir con la titularidad del *ius puniendi* por parte del Estado para conductas más graves, respetándose el Estado de Derecho si esta iniciativa privada es legislativamente regulada.

De esta revisión histórica queremos que quede, como conclusión sobre la idea de la privatización de la acción penal, que la misma no puede ser considerada como un retroceso en la construcción del derecho penal moderno, ni como una identificación de la titularidad del *ius puniendi* con el Estado, porque su génesis se contextualiza en la arrogante idea de los crímenes al rey y al soberano.

Despejando esa crítica, la intención de este escrito es construir un concepto moderno de la privatización de la acción penal, que respete los principios y garantías que durante toda la historia el Derecho Penal Moderno ha recogido con el fin de ser considerado como tal.

Con lo anterior, hemos tratado el argumento histórico acerca de la privatización de la acción penal. Ahora será necesario abordar uno de mayor trascenden-

cia, el constitucional. Esto tiene que ver mucho porque un concepto moderno de la privatización de la acción penal no puede desconocer la constitucionalización misma del derecho penal.

Amparo Constitucional de la Privatización de la Acción Penal en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

Como lo anotamos en la parte introductoria, y si bien ya identificamos el concepto desde lo histórico para poder así construir el propio de acuerdo con los postulados modernos, es importante abordar el presente análisis desde lo que comporta la constitucionalización de la privatización de la acción penal, según su consagración expresa en la Carta. Esto significa que debemos ir un poco más allá de la simple consagración de la norma, y del entendido de que con este hecho se supera cualquier discusión al respecto.

Con esta positivización constitucional, queremos preguntarnos si realmente era viable en nuestro ordenamiento esta posibilidad, y cómo debemos entender el artículo 250 superior en relación con el artículo 116 de la misma Carta Política.

Los argumentos de tipo constitucional contra el acto legislativo ya fueron puestos de presente a partir de la demanda presentada contra el mismo, la cual fue analizada y estudiada en la sentencia C-433 de 2013, del 10 de julio de 2013, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

La demanda contra este acto legislativo confirma la teoría de la Corte Constitucional, plasmada en sentencia C-551 de 2003, en cuanto a la posibilidad de pronunciarse sobre la competencia del órgano que profiere el acto, y de cierta manera pronunciarse sobre el fondo del asunto; pues el Tribunal Constitucional deberá revisar si el acto modificador de la Constitución no implica una sustitución de la misma.

Esto se debe a que el poder constituyente derivado no puede sustituirla, como si podría hacerlo el poder constituyente originario. Aunque la demanda es declarada no apta, y por lo tanto esto concluye en una sentencia inhibitoria, aun así se plantean argumentos, que si bien no son los pertinentes para formular el ataque constitucional a un acto legislativo, si lo son para ir abordando algunas críticas a la privatización de la acción penal desde el aspecto constitucional.

Esta sentencia resulta de vital importancia para este trabajo, en tanto en ella pueden analizarse las críticas usuales que la doctrina presenta contra la privatización de la acción penal. Además, permite revisar la aparente contradicción en que estaría el artículo 250, reformado por este Acto Legislativo en relación con los incisos 3 y 4 del artículo 116 de la Constitución, que consagran lo siguiente:

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Para los demandantes, el acto legislativo 06 de 2011, en cuanto asigna a los particulares la posibilidad de ser titulares de la acción penal, contradice y vulnera:

- a. El principio de persecución penal oficial, previsto en el artículo 116 superior, al no poderse desplazar la facultad de adelantar la instrucción de sumarios y juzgar delitos ni en las autoridades administrativas, ni en los particulares, pues a éstos sólo le es permitida la función de administrar justicia como jurados (figura no vigente), conciliadores o árbitros, como lo establece el inciso final de esta norma.
- b. El principio del monopolio de persecución penal de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 250 de la Carta Política, en cuanto que es la entidad competente para adelantar el ejercicio de la acción penal, con lo cual el parágrafo 2º de esta misma norma resulta contradictorio a lo preceptuado en su propio inciso 1º.
- c. El principio de sistema de persecución penal único, que impide la existencia de sistemas alternativos, como así resulta considerado que la víctima sea la titular de la acción penal. Por lo tanto, no estaría el legislador, como así lo prevé el acto legislativo, facultado para otorgarle esta facultad a la víctima.

A partir de los cuestionamientos propuestos vale la pena indagar si realmente el acto legislativo¹ implica una sustitución de la Constitución Política Colombiana; y si, según el Acto Legislativo 3 de 2002 y lo previsto en el artículo 116, la Acción Penal en cabeza de la víctima sustituye la estructura orgánica del sistema penal acusatorio colombiano.

A estos respectos, la Corte Constitucional, a partir de un análisis riguroso de lo que comporta un ataque a un acto legislativo, permite admitir la asignación de acción penal en la víctima desde el aspecto constitucional, y concluye lo siguiente:

- a. No puede hablarse de sustitución de la Constitución cuando se incluyan reformas en la misma que tienen por finalidad modificar la estructura del orden constitucional pero no modifican la organización política. La asignación del *ius puniendi* a la víctima, corresponde a una excepción a la norma general, y que como tal, ocurriría en ciertos casos y bajo la concurrencia de ciertas condiciones.
- b. La Constitución puede ser modificada y es útil para su conservación, cuando las necesidades políticas y sociales así lo requieran en un momento histórico determinado. Esta necesidad social, frente a la privatización de la acción penal, se concreta hoy en la necesidad de descongestionar el cúmulo de procesos que sin ningún tipo de interés tienen a cargo los fiscales de conocimiento, la dificultad en el recaudo de elementos materiales probatorios por los mismos niveles de congestión y por la falta de recurso humano para ello, o porque la víctima en virtud del factor tiempo, determinado por el momento en que realmente el caso es impulsado, casi 2 años después de denunciado, pierde el interés en la intervención, dificultando con ello la recolección de pruebas e información. Trasladar de manera parcial la acción penal a la víctima cuando se trate de bienes jurídicos individuales y con naturaleza disponible, podría solucionar en parte estos

1 En cuanto otorga a la víctima la titularidad de la acción penal para conductas que atentan contra ciertos bienes jurídicos, que correspondería a los bienes jurídicos de naturaleza individual con facultad de disposición y negociación, o para otras conductas con un bajo grado de lesividad.

niveles de congestión e ineficiencia en la persecución de los delitos y evitar con ello los niveles de impunidad que agobian al actual sistema procesal colombiano.

- c. No puede sostenerse contradicción alguna entre el artículo 116 y el artículo 250 de la Carta, cuando éste último a su vez fue modificado por el acto legislativo 03 de 2002 con el fin de implementar el sistema penal acusatorio.
- d. El principio de monopolio de persecución penal por parte de la Fiscalía General de la Nación no es absoluto pues como la misma Corte lo reseña, a la regla general de persecución de los delitos a cargo de la Fiscalía General de la Nación se le aplican varias excepciones, dentro de la misma Constitución se prevén otros sistemas de enjuiciamiento y persecución de los delitos, como lo es el asignado al Senado según el artículo 173, o a la Cámara de Representantes en el artículo 178 de la Carta, o la Justicia Penal Militar o la Justicia Especial Indígena.

Al incluir el mismo constituyente originario excepciones a la facultad del *ius puniendi*, la reforma constitucional del acto legislativo 06 de 2011 no sustituye la Constitución, sino todo lo contrario, se ajusta a la realidad constitucional de la misma Carta Política. En sentencia C-1040 de 2005 la Corte Constitucional finalmente concluyó: “resulta posible introducir reformas sustanciales a la Constitución, que alteren su estructura básica o los principios fundamentales en ella contenidos, pero que puedan, sin embargo, entenderse como incorporadas a ella”.

Para el propósito principal de este escrito, según lo concluido por la Corte Constitucional, resulta fundamental tener como premisa principal en la defensa de la privatización de la acción penal que en el derecho penal actual la persecución de los delitos no es potestad exclusiva de un órgano o entidad en especial.

Esto quiere decir que actualmente no es viable hablar del Monopolio del *ius puniendi*, pues dentro de la estructura del Estado Social de Derecho otros entes se encuentran facultados para ello. Lo importante es que dicha facultad dé respeto a los principios básicos del Derecho Penal Moderno, como lo indica la doctrina en su sentido formal y material:

En su sentido formal, el Derecho Penal es el conjunto de normas del Derecho positivo que, respetando dinámicamente (y no sólo pasivamente) los derechos fundamentales e internacionales, regulan de modo taxativo las materias de los delitos y las penas.

En su acepción material (...) Este poder punitivo se torna jurídico solamente en la medida en que se encuentre precisa y claramente regulado y limitado por normas generales, preexistentes, autoobligatorias y autoejecutables de Derecho Objetivo. Solo ello lo diferencia de la fuerza bruta y lo convierte en un poder con pretensión de legitimación democrática.

Un poder sin causas preestablecidos para su ejercicio (supuestos fácticos, competencias, procedimientos y recursos) no es en modo alguno un poder jurídico desde el punto de vista constitucional del Estado social y democrático de Derecho. (Fernández, 2002, p. 57)

Finalmente, queremos destacar los argumentos presentados en esta sentencia por los intervinientes que apoyaron la inexecutable del Acto Legislativo 06 de 2011. Dichos argumentos son adicionales a los señalados en la demanda, los cuales serán enunciados acá para más adelante ser debatidos junto con las restantes críticas que se han presentado a propósito de la privatización de la acción penal por parte de sus detractores. Algunas objeciones consistieron en señalar que:

- a. La privatización de la acción penal implica un retroceso en la formación del actual Derecho Penal, por lo que la misma corresponde a un escenario primitivo propio de la época pre-romana.
- b. Se vulnera el principio de legalidad, por cuanto la privatización de la acción penal delega en particulares disponer de la libertad del procesado.
- c. Vulnera el principio de igualdad por cuanto sólo quienes tienen recursos pueden optar por un acusador privado, siendo inviable para quienes no cuentan con estos recursos, lo que llevaría a la impunidad de ciertas conductas.
- d. La posibilidad de que la víctima sea quien adelante la acción, corresponde a una carga injustificada en la misma que tiene como origen la ineficiencia del sistema. Lo anterior corresponde a un acto de des-

entendimiento por parte del Estado en el incumplimiento de sus funciones, dejando a la suerte de la víctima la persecución del delito.

Las líneas posteriores nos permiten ir abordando algunos argumentos vinculados a estas críticas, de las cuales muchas de éstas resultan infundadas si logramos establecer hoy un concepto moderno de la privatización de la acción penal, superando así la primitiva idea de la *delicta*.

Privatización de la Acción Penal como Concepto Moderno

Partiendo de todas las consideraciones anteriores, especialmente de la constitucionalización de la privatización de la acción penal, es importante indicar, en primer lugar, que la misma se ajusta al Derecho Penal Actual si cumple con el aspecto material y formal del mismo (Fernández, 2002) y es coherente con la Constitución Política (Aponte, 2002):

Para Bricola, igual que para Roxin, se trata de hallar en la Carta el marco para derivar bienes jurídicos, al mismo tiempo que se subraya la noción de libertad como bien constitucional y la proporcionalidad implícita como exigencia fundamental para la deducción de bienes jurídicos de la misma Carta. Desde luego, también atañe al uso de la noción de proporcionalidad para medir el impacto de cualquier decisión de política criminal sobre el valor constitucional de la libertad. (Aponte, 2002, p.15)

Con esto queremos indicar que el concepto moderno de privatización de la acción penal se aleja de la concepción primitiva de la venganza, o de sus formas contemporáneas y subsecuentes, que fueron expuestas en el recuento histórico realizado. Igualmente se separa de la idea de la *delicta privata* como una forma de responsabilidad estricta u objetiva, y se somete a las formas propias del Estado de Derecho, que desde luego encuentran consagración en la Constitución Política.

Actualmente no podría concebirse la privatización de la acción penal sin su institucionalidad en normas positivas, y sin la aplicación de los principios del debido proceso. La venganza privada, o lo que supuso ser la privatización de la acción penal en un estadio primitivo no pueden ser aceptados hoy,

porque sus rasgos característicos no resultan acordes al derecho penal actual ni a su constitucionalización:

Aun antes de que hubiera un gobierno, hay una forma reconocible de responsabilidad estricta: la venganza. Si una persona ataca o roba a otra (¿qué estamos suponiendo acerca de la existencia de derechos antes de que haya legislaturas o tribunales que los declaren?), es muy probable que la víctima ejerza represalias y que esta amenaza provea la disuasión contra el comportamiento agresivo. Los costos de la información en una sociedad sin instituciones de adjudicación dificultarán la diferenciación entre los daños intencionales, por descuido o negligencia por una parte, de modo que la responsabilidad tenderá a ser estricta. (Posner, 2013, p.404).

Según la descripción de la venganza privada, dentro del contexto actual es inviable pensar que ésta se asimila a la privatización de la acción penal. La posibilidad de que la víctima sea titular de la acción penal, como ya ocurre en el ordenamiento nacional, obedece a un mandato constitucional, legítimamente amparado en una interpretación integral y armónica de la Constitución. Además, dicha posibilidad se encontraría regulada por el legislador, con lo cual se respetaría el principio de legalidad en cuanto a las conductas que pueden ser objeto de la acción penal; y el debido proceso, en cuanto a las reglas de juego y el tiempo en que la misma debe ser ejecutada.

Un concepto moderno de la privatización de la acción penal tendría como referentes a los postulados básicos y esenciales que reúne el artículo 29 de la Carta Política, principio fundamental de las formas procesales vigentes, en el que se lee que:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado

judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Conforme a lo anterior, la privatización de la acción penal tendría que estar sometida a los siguientes principios, derivados naturalmente de la norma anterior:

En primer lugar, el respeto al principio de legalidad, desde su aspecto sustancial (por cuanto sólo puede ejercerse la acción penal respecto conductas previamente determinadas en la ley como delitos), y desde su aspecto procesal, en cuanto el legislador tendría como pauta para otorgar la persecución penal a la víctima, aquellos delitos que comportan una lesión a bienes jurídicos de naturaleza individual y con vocación de disponibilidad.

El Estado desde luego no podría desentenderse, en un Estado Social de Derecho de acuerdo con el postulado 2o de la Constitución Nacional de la persecución penal de los delitos cuando éstos correspondan a conductas de mayor gravedad, pero sí puede otorgar la posibilidad de que la víctima sea el titular de la acción penal en los que incorporan un interés netamente particular. Esta posibilidad está ya reconocida en la Constitución; ciertos delitos sólo comportan una afectación individual que compromete sólo interés de la víctima en la solicitud de su persecución penal; en sentencia C-528 de 1197, la Corte Constitucional consideró:

La ley la establece como condición de procesabilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, restringe la facultad investigativa, condicionándola a la previa formulación de la querrela, como medio de protección de este interés personal.

El segundo principio es la observación del debido proceso, el cual implica que sólo se puede ejercer la acción penal privada bajo las formas previas establecidas por el legislador, lo cual además implicará asignarle cargas a la víctima en la formulación de su pretensión acusadora, como el soporte probatorio respectivo y la sustentación de los hechos fundamento de la misma. Contrario o lo estimado por la crítica, no se trata de ajusticiar bajo mano propia la comisión de una conducta. El proceso igualmente tendrá que cumplir con la rigurosidad del artículo 29 de la Constitución Política, respetándose el principio de contradicción de la prueba, garantizándose plenamente los derechos de la defensa: favorabilidad, no autoincriminación, *non bis in idem*, *in dubio pro reo*; y desde luego, el principio de la segunda instancia.

Por último, la competencia del juez natural implica que la víctima será sólo parte y no juez de su pretensión, así, si bien se arroga la facultad de la fiscalía en la presentación de la acción penal, bajo el modelo procesal actual igualmente se encontrará en el estrado como sujeto procesal dándose respeto al principio de igualdad de armas propio de este sistema.

Con todo lo anterior, que corresponde sólo por ahora a una identificación preliminar de las características de la privatización de la acción penal como concepto moderno, consideramos plausible y ajustado a la Constitución que bajo estos lineamientos se haga realidad en el plano procesal la reforma introducida. Ya veremos, en el plano práctico, y en caso de ser concretada en la realidad su aplicación, frente a qué situaciones nos enfrentamos, y de qué manera se debe entonces incorporar otras características que permitan su viabilidad y la dinamicen en la realidad social.

A partir de estas breves consideraciones, es necesario preguntarnos si el proyecto de ley 047 de 2012 se ajustaba entonces a un concepto moderno de privatización de la acción penal. Para responder a esta cuestión, procederemos a realizar una breve revisión de dicho artículo.

El proyecto de Ley 047 de 2012 revisión desde el concepto moderno de la privatización de la acción penal.

Dentro de este aparte haremos un análisis al contenido del proyecto de Ley 047 de 2012, que pretendía desarrollar legalmente el parágrafo 2º del artículo 250, modificado por el Acto Legislativo en mención. Ahora, resulta importante destacar que pese a que el proyecto es sólo tal, y no norma imperativa (pues no logró superar las etapas correspondientes en el debate legislativo), nos resulta útil si lo tenemos como un borrador o piloto del escenario procesal dentro del cual se ejercería la acción penal privada.

Esto nos permite destacar algunos aspectos positivos y negativos de su implementación práctica, los cuales sería menester comunicar al legislador en caso de intentarse nuevamente su regulación legal.

El proyecto de ley bajo estudio materializaba la reforma constitucional del artículo 250, y se ajusta a una concepción moderna de lo que debería ser la privatización penal, en la medida en que contiene algunas pautas propias del debido proceso y del principio de legalidad. No obstante, aún vincula mucho a la Fiscalía General de La Nación en la posibilidad material de que la víctima ejerza la acción penal. Con respecto a este último aspecto, es importante mostrar que esto no hace que la privatización de la acción penal sea inviable constitucionalmente.

Para ello, revisamos un grupo de artículos de este proyecto, que se presentan a continuación.

En primer lugar, revisemos el tema de procedibilidad de la acción penal privada. De acuerdo con el artículo 1º del Proyecto de Ley, la víctima debe contar con el aval de la Fiscalía General de la Nación para poder ejercer la acción penal. El proyecto ha denominado a este requisito como “solicitud de conversión de la acción pública en acción privada”. Esta conversión, según el artículo 4º del proyecto tiene una dificultad, consistente en que la misma debe ser autorizada por la propia fiscalía, mediante decisión motivada, en la que se indiquen la identidad o individualización del indiciado, los hechos objeto de la acusación, y su calificación jurídica.

Esto implica una carga adicional para el Fiscal de conocimiento, quien además deberá motivar su decisión; situación que puede igualmente tardar por la congestión judicial de los Despachos, y por el nivel de solicitudes que estos funcionarios deben atender. Además, la víctima se vería sometida a la

calificación jurídica que considere el fiscal, lo cual puede resultar una desventaja para ella, en la medida en que puede considerar que el tipo penal es otro, o que tiene elementos probatorios que configuran alguna conducta en especial, y no la considerada por la fiscalía.

La experiencia nos ha indicado que en materia corporativa, donde las empresas a nivel comercial y financiero cuentan ya con equipadas y expertas áreas de seguridad y jurídicas, se recaudan suficientes elementos probatorios que permiten la configuración de delitos que demandan una experiencia especializada en estos temas. Dicha situación no es comprendida, la mayor parte de las veces, por los fiscales de conocimiento. Así ocurre en temas relacionados con los delitos informáticos, el delito de prestación ilegal del servicio de telecomunicaciones, los delitos contra el sistema financiero, entre otros, que implican algunos conocimientos técnicos, financieros, bursátiles, y contables, con los no cuenta la fiscalía.

Es en estos casos donde la posibilidad de privatización de la acción penal resulta útil y eficiente, pues una forma adecuada de descongestionar los despachos judiciales, iniciando por los procesos sometidos a indagación e investigación, es entregando a particulares con suficientes recursos, incentivos e interés el ejercicio de la acción penal.

Ahora, ¿Son estos requisitos de la providencia motivada que debe emitir el fiscal de conocimiento taxativos? Y, en casos de averiguación de responsables, ¿no es entonces viable la privatización de la acción penal?

Con esto advertimos una posible confusión entre los conceptos de privatización de la acción penal (que se deriva de la reforma constitucional realizada al artículo 250) y el concepto de acusador privado y de acusación privada, pues si por ésta se entiende que el acto de formulación de acusación corresponde a la víctima, desde luego que para ello tendrá que previamente haberse individualizado al sujeto activo del delito.

Si contrario a lo anterior, la víctima pudiera solicitar mediante audiencia preliminar al juez de control de garantías la conversión de la acción penal de pública a privada, y a partir de allí tener el aval de legalidad correspondiente, podría entonces ser titular de la indagación e investigación con las mismas facultades del fiscal, apoyando las labores de recaudo de elementos materiales probatorios, y diseñando el programa metodológico según su experiencia.

Es en este aspecto donde el aporte de la víctima resultaría más valioso para

la descongestión judicial, pues es la etapa de indagación la que más demanda recursos de tipo económico y humano a los fiscales de conocimiento. Recordemos que esta solicitud de conversión será presentada por abogados, con lo cual se presume el suficiente conocimiento técnico y jurídico para ello.

No obstante, el control de legalidad, como lo prevé el proyecto, ocurre después de emitida la decisión por parte del fiscal, hecho que puede tardar, e impedirle a la víctima actuar con la celeridad y el interés requeridos en la recaudación de elementos materiales probatorios.

Además, si bien de acuerdo con el proyecto de ley la conversión de la acción penal se prevé para antes de la formulación de la imputación, el artículo 8° del proyecto señala que el ejercicio de la acción penal privada inicia con la presentación del escrito de acusación, lo que llevaría consecuentemente a la iniciación del juicio. Entonces, ¿en qué momento se da realidad a lo pactado en el artículo 6° respecto a las facultades de los artículos 267 y 268 del Código de Procedimiento Penal, en lo que concierne al recaudo de elementos probatorios?

Creemos que de acuerdo con lo anterior, el procedimiento penal previsto para el ejercicio de la acción contiene un vacío de naturaleza esencial y sustancial: omite la etapa de formulación de imputación, pues si la acción debe solicitarse antes de ésta, y el primer acto de la víctima como titular de la acción privada corresponde a la acusación, ¿dónde queda entonces la formulación de imputación y la aplicación a favor del procesado de los descuentos punitivos que ocurren en esta etapa como consecuencia de la aceptación de cargos?

Consideramos que la fortaleza de la privatización de la acción en cabeza de la víctima estaría en: i) otorgarle la posibilidad de la dirección de la indagación, y el correspondiente recaudo probatorio, apoyando la individualización de los responsables, y acudiendo al juez de garantías como así lo hacen actualmente los abogados defensores en los supuestos que requieran control previo y posterior; ii) en la formulación de imputación, en la cual con suficiente recaudo probatorio podría lograr una aceptación de cargos en caso de demostrar con suficiencia la responsabilidad penal del acusado, y iii) en la formulación de acusación o en la formulación de la preclusión, pues la víctima puede considerar que tiene suficientes incentivos para ir a juicio; o por el contrario, que su derecho de reparación no logrará ser compensado mediante el juicio; o que de acuerdo con el recaudo de pruebas será derrotada en esta etapa, siendo ineficiente por costos de tiempo y económicos llegar hasta ella.

Por otro lado, en cuanto a los delitos respecto de los cuales procede la acusación privada, consideramos parcialmente acertado el artículo 1º, pues estos corresponden a aquellos de naturaleza disponible, y que requieren querrela para la iniciación de la acción penal; los delitos que poseen un pena mínima de 4 años; aquéllos que, si bien comportan una pena mínima superior a los 4 años, comprometen únicamente el patrimonio económico privado; y finalmente, para para todos los restantes delitos cuando no se haya formulado imputación a los dos años siguientes a la denuncia.

Volviendo a las consideraciones anteriores, creemos que el primer logro del proceso penal actual, y el de mayor dificultad, consiste en lograr la formulación de la imputación. Por lo que si la Fiscalía, en un término de 2 años, no ha logrado formularla y la víctima tiene fundamentos para ello, debe entonces como titular de la acción penal poder realizarla. Sin embargo, el proyecto de ley no da esta posibilidad de solicitar la conversión de la acción penal en ese momento. La decisión sobre ésta puede tardar, y una vez avalada por el juez de control de garantías sólo lo queda a la víctima la posibilidad de presentar la acusación. Entonces, ¿en qué momento recauda los elementos materiales probatorios? ¿Debe acudir a juicio con los recaudados por la Fiscalía?

Ahora, respecto a los restantes delitos en los que no se haya formulado imputación en un término de 2 años, creemos que el legislador sí deberá hacer un esfuerzo por concretar los que pueden ser objeto de persecución privada por una determinación de tipo temporal. No obstante, considerando que la norma deberá seguir la pauta de la reforma constitucional es necesario aclarar cuáles serían estos delitos restantes.

Recordemos que el Acto Legislativo 06 de 2011 habló de delitos que impliquen un grado mínimo de lesividad, o por la naturaleza del bien jurídico, con lo cual no tiene cabida hablar acá de delitos contra el patrimonio público, contra la libertad y otras garantías, contra la vida, o contra la integridad sexual. Eventualmente podremos hablar de delitos como los previstos en el Título VII BIS, que tutela el bien jurídico de la Protección de la información y de los datos.

Con todo, es importante que de hacerse realidad la reforma constitucional, la ley que le de viabilidad supere algunas inconsistencias del proyecto que han quedado señaladas en este trabajo. Únicamente hemos referido las que

consideramos como más trascendentes en la forma cómo debería operar la privatización de la acción penal.

Podrían existir otras críticas que por ahora únicamente queremos mencionar, como lo relacionado con la citación a conciliación antes de decidir sobre la conversión de la acción, que genera un costo en tiempo y celeridad en la investigación, debilita la estrategia de la víctima al exponerla frente al sujeto activo, y además, no tendría razón de ser en casos de averiguación de responsables.

Este proyecto reformulado daría aplicación a un concepto moderno de privatización de la acción penal, pues involucra al juez natural en la legalidad de la misma, determina la viabilidad de la acción para ciertas conductas, establece un procedimiento que observa el debido proceso (al establecer reglas de juego para el ejercicio de la acción), impone cargas a la víctima (como lo hace el artículo 8° respecto al contenido del escrito de acusación, situación que como ya lo dijimos se debe imponer igualmente en la formulación de imputación), garantiza el derecho de segunda instancia, e impone a la víctima concretar su pretensión indemnizatoria para los delitos de contenido patrimonial. Este último aspecto, permite que la víctima, al tener clara su pretensión, pueda desistir del juicio por los costos que el proceso representa en relación con la afectación causada; o mejor aún, hace posible que acepte un arreglo negociado con el procesado.

Consecuencias posibles de la privatización de la acción penal: críticas y ventajas

Antes de enlistar las posibles consecuencias de la acción penal, nos parece interesante traer la siguiente reflexión, propuesta por uno de los autores más críticos del Derecho Penal en general, quien es también uno de los partidarios a nivel latinoamericano de la privatización de la acción penal, en relación con la eficiencia de la persecución penal cuando ésta es adelantada por el ente estatal:

Es un buen ejemplo de esto el sonado caso de O.J. Simpson en los Estados Unidos. Muchos de quienes siguieron diariamente el juicio, han opinado que Simpson fue hallado inocente por el jurado en el juicio criminal, en buena medida, por la diferente actitud de

los abogados que representaban a ambos intereses.

Los defensores constituían un equipo muy bien preparado y con importantes recursos - pagados por el procesado-, lo que les permitió echar un manto de duda sobre la prueba que al principio parecería cristalina. Los fiscales, por su parte, tuvieron un papel que casi todos coincidieron en definir como opaco, permitieron que tambalearan pruebas fundamentales, y hasta se los acusó de no conocer algunos detalles que testigos propuestos por la propia fiscalía develaron durante las audiencias.

Ocurre que los fiscales tienen una actuación que no pueden abstraerse del medio burocrático donde se desempeñan. Son empleados a sueldo que no tienen, económicamente, nada que ganar ni perder con el resultado de los juicios. Es cierto que tienen una reputación que proteger, y especialmente ella está en juego en casos resonados como el de O.J. Simpson, pero también es cierto que los presupuestos gubernamentales son limitados. Violaría el principio de igual protección de los derechos si el gobierno hubiese destinado millones de dólares para apoyar la tarea de los fiscales que siguieron el caso de Simpson, y sólo algunos cientos para pagar la preparación de casos similares pero sin repercusión pública. En cambio, un acusador particular hubiese tenido otra motivación, económica o de otro tipo, y seguramente hubiese conseguido mayores recursos para presentar su caso de un modo más sólido. Más allá de la diferencia en los procedimientos - juicio por jurados en un caso, jueces profesionales en el otro-, es posible observar en el ejemplo de Simpson cómo en el juicio civil, promovido y mantenido por la familia de la víctima aun luego de la sentencia absolutoria en lo penal, finalmente se lo declaró responsable y debió pagar una importante suma de dinero en concepto de reparación (Rojas, 2000, p.163).

La doctrina partidaria de esta tendencia, a la que hemos ya hecho de manera reiterada mención, señala algunas consecuencias interesantes de la misma, al considerar la privatización de la acción penal:

- a. De acuerdo con la reflexión atrás planteada, creemos que la privatización de la acción penal podría mejorar la eficiencia en la persecución del delito. Como ya lo indicamos atrás, cuando se trate de delitos que involucren a compañías financieras o comerciales, sus departamentos de seguridad corporativa y jurídica podrían reemplazar a los investigadores judiciales, y fortalecer así el recaudo de elementos materiales probatorios; o concluir que éstos finalmente no son posibles de reunir, y bien ser titulares de la acción penal, o bien desistir de la misma, ya porque el valor de la pretensión supera los costos de la investigación (determinado aquel en la reparación o en los derechos de justicia y verdad); o, por lo contrario, porque realmente la investigación resulta muy costosa.

La postura crítica a la privatización de la acción penal señala que entonces sólo quienes posean recursos económicos tienen la posibilidad de ejercer la acción penal privada. La doctrina de la privatización de la acción penal ha rebatido este señalamiento indicando que en los casos en que la víctima no cuenta con ese respaldo económico, de existir la posibilidad de una reparación económica significativa, la acción podría ser cedida a cambio de un reconocimiento económico (Friedman, 1979). También es válido pensar que quienes tienen recursos, como lo son las corporaciones privadas, no deberían congestionar la administración de justicia con sus pretensiones, haciendo uso de los escasos recursos humanos y económicos con los que se cuenta para el adelantamiento de las investigaciones. Si se pensará que de cierta manera la privatización de la acción penal podría descongestionar el uso de estos recursos, quedaría entonces una parte libre que podría ser asignada para fortalecer las investigaciones a cargo del ente punitivo.

- b. Mayor efectividad en el cumplimiento de los derechos de las víctimas. Si bien las víctimas no fueron incluidas de manera expresa en algunas actuaciones que conforman el procedimiento penal, como la solicitud de pruebas anticipadas, solicitudes de descubrimiento probatorio y observaciones al mismo, solicitudes probatorias durante la audiencia preparatoria, y solicitud de exclusión o rechazo de pruebas, estas facul-

tades fueron otorgadas por vía jurisprudencial a través de las sentencias de la Corte Constitucional C-209 de 2007 y C-454 de 2006.

No obstante, en la práctica ha tomado vigencia la posición de la Corte Suprema, emitida mediante auto del 7 de diciembre de 2011, e identificada con radicado 37596. Ésta es interpretada por jueces y fiscales con un alcance que no es el que corresponde a la sentencia, pues la misma ratifica la sentencia C-209 de 1997, que impide que la víctima intervenga de manera directa, y la insta a actuar a través de la fiscalía cuando no se trata de la práctica de las pruebas en el juicio sino previamente a ello.

Muchas veces, durante la realización de las audiencias, la fiscalía omite u olvida incluir pruebas, realizar objeciones, o sustentar debidamente sus solicitudes. Esto ocurre porque el volumen de procesos a cargo le impide dedicarse exclusivamente a cada caso, porque no conoce con profundidad los hechos, o debido a la alta rotación de fiscales en los casos, que les impide conocer con propiedad el proceso. Por tanto, si bien las facultades de las víctimas poseen reconocimiento legal, ello no ocurre en el día a día del litigio, y éstas terminan siendo las directas afectadas con los errores que se cometen en el procedimiento.

Si la víctima actúa como acusador privado, estaría litigando con el legítimo interés de la defensa de sus derechos, y sólo tendría que responder por los propios errores cometidos, y no por los terceros, quienes no tienen incentivos económicos o reputacionales para llevar con éxito sus casos.

- c. Mayor cumplimiento de los efectos de prevención especial y general del derecho. Una de las formas principales de disuadir el delito es haciendo costosa la comisión del delito. Al delito se le pueden agregar estos costos mediante la prohibición de conductas como la tenencia de armas (Stordeur, 2011), la restricción en la compra de ciertas sustancias (como se pretende para los casos de lesiones personales con ácido), o incluso la certeza de una sentencia condenatoria reforzada por la eficacia de la pena. Esto ocurriría para ciertos delitos en los que pueda existir certeza de que la víctima va a adelantar la acción penal,

con lo cual el autor individual podría desistir de la comisión de estos, cumpliendo así el derecho penal con su función de prevención especial (Roxin, 1997). Dicha posibilidad aplicaría a casos como el de los fraudes bancarios, corporativos, o bursátiles, en los que el delincuente podría valorar *ex ante* el hecho de que seguramente va a ser judicializado por las mismas áreas de la compañía. Tal perspectiva generaría en el delincuente potencial temor de que en el proceso se llegase a reunir suficiente material probatorio, el cual comprometiera su responsabilidad. De esta manera se evitaría que acontecieran los errores judiciales que muchas veces impiden que se logre una sentencia condenatoria. La eficacia de la pena podría permitir mandar un mensaje a la sociedad acerca de la forma exitosa en que las víctimas llevan a cargo la acción penal. De este modo se cumpliría con el aspecto positivo de la prevención general, de acuerdo con el cual “comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico” (Roxin, 1997, p. 91).

Conclusiones

De acuerdo con la breve exposición realizada, que realmente corresponde a una parte mínima de la forma en qué puede ser revisada la privatización de la acción penal en Colombia, creemos que ésta última es viable, y defendemos la reforma constitucional, toda vez que corresponde a una necesidad para que el Derecho Penal pueda cumplir efectivamente con la finalidad que lo justifica.

La acción penal privada resulta acorde con el modelo del sistema acusatorio, y corresponde a un paso en su evolución. Este tipo de acción le permite al modelo acusatorio adoptar de manera pragmática sus características de sistema premial y negocial. En este marco de referencia, con un mayor protagonismo de la víctima como apoyo al Estado en la persecución del delito (y especialmente en el recaudo de elementos probatorios) podrían existir mayores oportunidades de arreglo y aceptación de cargos. De este modo podría evitarse el desgaste de recursos, y se aminoraría el error judicial que resulta ser otro de los rasgos característicos del sistema, y de la irresponsabilidad con la que muchos procesos son atendidos por el Estado.

Referencias

- Aponte, A. (2002). *Nueva legislación penal y derecho penal promocional: una visión crítica*, Área Penal 1, Universidad Nacional de Colombia, Vol. 1, No. 1 (junio 2002), 10 - 31.
- Becker, G. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217
- Benson, B. (1990a). *The Enterprise of Law Justice without the State*. San Francisco: Pacific Research Institute for Public Policy.
- Benson, B. (1998b) *To Serve and Protect: Privatization and Community in Criminal Justice*. New York: New York University Press.
- Bour, E (2012). Economía del Delito, Accidentes, Responsabilidad y Regulación, en: Sola Juan, *Tratado de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: La Ley.
- Fernández, J. (2007). *Derecho penal liberal de hoy: introducción a la dogmática axiológica jurídicoPenal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Friedman, D. (1979) Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case. *Journal of Legal Studies* 8(march), 399-415.
- Posner, R. (2013). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rojas, R.M. (2000). *Las contradicciones del derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Stordeur (h), E. (2011). *Análisis Económico del Derecho, Una Introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Sola, J.V. (2004). *Constitución y Economía*. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Reynolds, m. (1994). *Using The Private Sector To Deter Crime*. Dallas: National Center for Policy Analysis.